



Arbeitsgemeinschaft  
der öffentlich-rechtlichen  
Rundfunkanstalten der  
Bundesrepublik  
Deutschland (ARD)  
Vorsitzender der  
Juristischen Kommission  
Albrecht Hesse  
Rundfunkplatz 1  
80335 München

Zweites Deutsches  
Fernsehen  
Anstalt öffentlichen  
Rechts  
Herrn Justitiar  
Peter Weber  
ZDF-Str. 1  
55127 Mainz

Deutschlandradio  
Körperschaft öffentlichen  
Rechts  
Herrn Justitiar  
Dr. Markus Höppener  
Raderberggürtel 40  
50968 Köln

**Vorab per Email: [IIIB5@bmjv.bund.de](mailto:IIIB5@bmjv.bund.de)**  
**Bundesministerium der Justiz und  
für Verbraucherschutz  
11015 Berlin**

München/Mainz/Köln, den 18.05.18

**Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der  
Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher  
Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie  
rechtswidriger Nutzung und Offenlegung**  
**Ihr Zeichen: III B 5 – 7034/18-31 108/2018**

Sehr geehrter Herr Rosenow,

ARD, ZDF und Deutschlandradio bedanken sich für die Möglichkeit, zu dem Referentenentwurf Stellung nehmen zu können. Nach gemeinsamer Würdigung des Entwurfs kommen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu dem Ergebnis, dass das darin avisierte Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in der derzeitigen Fassung (im Folgenden: GeschGehG-E) nicht akzeptiert werden kann.

Aufgrund des breiten Anwendungsbereichs des GeschGehG-E käme das – von der umzusetzenden Richtlinie (EU) 2016/943 (im Folgenden: RL) abweichende – Modell eines präventiven Verbots u. a. der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen mit Erlaubnisvorbehalt einem Paradigmenwechsel im Bereich der investigativen Berichterstattung gleich. Dies, besonders mit Blick auf die nach dem GeschGehG-E vorgesehenen Sanktionen, wäre hinsichtlich der Ausübung der Meinungs-, Informations- und Medienfreiheiten mit unzulässigen „chilling effects“ verbunden (vgl. etwa BVerfGE 25,296 – Informationsbeschaffung; BVerfG NJW 2008, 1654 - Gegendarstellung; EGMR no. 48009/08 – Mosley). Angesichts der für die freiheitliche Demokratie konstituierenden Bedeutung dieser Freiheitsrechte und der Rolle der Medien als „Wachhund der Gesellschaft“ (EGMR) bestehen diesseits dementsprechend starke Zweifel an der Verfassungs- und Unionsrechtmäßigkeit des GeschGehG-E.

Unsere Forderung ist es daher, den Entwurf unter besonderer Würdigung der Meinungs-, Informations- und Medienfreiheiten zu überarbeiten. Tätigkeiten, die in den Schutzbereich dieser Freiheiten fallen, dürfen normativ nicht bloß als ausnahmsweise gerechtfertigt berücksichtigt werden, sondern müssen – wie es die RL vorsieht – von vornherein aus dem Anwendungsbereich eines etwaigen GeschGehG ausgenommen werden.

Im Einzelnen:

1. Aus dem Übersendungsschreiben des BMJV vom 18.04.2018 ergibt sich, dass sich (mit Ausnahme bspw. ergänzender zivilprozessualer Regelungen) das GeschGehG-E als eine „1:1-Umsetzung“ der RL versteht. Bei einem Vergleich der Regelungen offenbaren sich jedoch gleich mehrere, die Medienfreiheiten beschränkende Unterschiede. Besonders schwer wiegt unseres Erachtens der Bruch mit der Systematik der RL: Während die RL in ihrem Art. 1 Abs. 2 lit. a die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheiten gänzlich von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt („berührt nicht“), fehlt eine gleichwertige Regelung im GeschGehG-E gänzlich. Die vorgenannten Kommunikationsfreiheiten werden mit § 4 GeschGehG-E lediglich in Form von Rechtfertigungsgründen berücksichtigt (siehe Ziffer 3.) Dies widerspricht nicht nur dem Harmonisierungsanspruch, sondern auch dem Grundgedanken der RL, der bereits in den Erwägungsgründen 19 und 20 zum Ausdruck kommt.
2. Die Definition des Geschäftsgeheimnisses in § 1 GeschGehG-E ist sehr weitgehend, der Anwendungsbereich des GeschGehG-E folglich sehr breit. Abgestellt wird insbesondere auf den wirtschaftlichen Wert der Information. Dieser wiederum folgt bereits daraus, dass das betroffene Unternehmen diesen wirtschaftlichen Wert als solchen selbst deklariert. Nach der bisherigen Rechtsprechung zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses, etwa in Verfahren nach dem IFG, entscheiden Gerichte zumindest nach den Maßstäben der Schlüssigkeit und Belastbarkeit, ob tatsächlich in erforderlichem Maße ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Für die Medien ist diese Ausgangslage von hoher Relevanz, vor allem im Rahmen erforderlicher Abwägungen zwischen der Meinungs- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 GG) und den berechtigten Interessen von der Berichterstattung Betroffener (Art. 2, 1 GG sowie Art. 12, 14 GG), bspw. im Falle heimlicher Dreharbeiten oder von Verdachtsberichterstattungen. Sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stellen nach bislang absolut herrschender Auffassung sog. offene Tatbestände dar, deren Inhalt und Grenzen sich erst aus einer Abwägung mit den im Einzelfall konkret kollidierenden Interessen anderer ergeben (vgl. etwa BGH-Urteile vom 16. Dezember 2014 - VI ZR 39/1 sowie vom 10. April 2018 – VI ZR 396/16). Es erscheint nach dem derzeit vorgesehenen Modell des GeschGehG-E (siehe Ziffern 1., 3.) indes als sehr wahrscheinlich, dass aufgrund der vorgesehenen, sehr weitgehenden Definition in § 1 GeschGehG-E dem Geschäftsgeheimnis in den o. g. Abwägungen höheres Gewicht beigemessen wird. Jedenfalls wäre eine einschlägige Berichterstattung derart risikobelastet, dass zumindest von „chilling effects“ auszugehen ist (s. o.).
3. Derartige, im Rahmen der o. g. offenen Tatbestände bisher grundsätzlich erlaubte Tätigkeiten könnten zukünftig grundsätzlich von dem Verbot des § 3 GeschGehG-E erfasst werden. Dies greift in den Schutzbereich der Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit in unzulässiger Weise ein. Denn solche Verhaltensweisen werden im GeschGehG-E wie bereits dargelegt nur in der Art berücksichtigt, dass sie in § 4 Nr. 1, 2 GeschGehG-E ausnahmsweise gerechtfertigt werden. Diese Rechtsfolge widerspricht

nicht nur dem Grundgedanken der RL (siehe Ziffer 1.), sondern auch dem mit § 4 GeschGehG-E offenbar umgesetzten Art. 5 RL. Dieser bestimmt, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, „dass ein Antrag auf die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe abgelehnt wird“. Auch mit dieser Regelung soll offenkundig ein über einen Rechtfertigungsgrund hinausgehender Tatbestandsausschluss normiert werden. Bereits die hier aufgezeigte Abweichung zwischen GeschGehG-E und RL verstößt gegen Art. 1 Abs. 1 S. 2 RL, welcher anordnet, dass u. a. Art. 5 RL „eingehalten“ wird.

Die vom GeschGehG-E bezweckte tatbestandliche „Kriminalisierung“ bisher grundsätzlich erlaubter Verhaltensweisen bedeutet für Journalisten, Medien und Whistleblower inhaltlich zudem eine erhebliche Erhöhung bzw. Verstärkung der Unsicherheiten: Würde der Gesetzentwurf wirksam, so wären diese langwierigen zivil- und insbesondere strafrechtlichen Überprüfungen ausgesetzt, ob denn ihr Verhalten der „rechtmäßigen Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung [...] einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien“ gedient hat. Die Tätigkeit der Medien unterliegt selbstverständlich der rechtsstaatlich gebotenen gerichtlichen Überprüfbarkeit. Der Gesetzentwurf bezieht jedoch solche Sachverhalte ein und regelt sie neu, die bislang nach dem Grundsatz, dass auch das Verbreiten rechtswidrig erlangter Informationen zum grundrechtlich geschützten Bereich gehören kann, auf höchster (verfassungsgerichtlicher) Ebene eindeutig beantwortet sind (BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1984 – 1 BvR 272/81 –, BVerfGE 66, 116-151 – „Wallraff“).

4. Nach § 4 Nr. 1 GeschGehG-E sollen sich Journalisten und Medien nicht mehr alleine auf die „Ausübung der Meinungs- und Pressefreiheit“ berufen können, wie in der RL formuliert; im Entwurf soll es (nur) eine „rechtmäßige Ausübung“ sein. Auch diese Abweichung verstößt gegen Art. 1 Abs. 1 S. 2 RL, s. o. Zudem bleibt offen, was mit einer „rechtmäßigen“ Ausübung gemeint ist. Mehr noch, die Gesetzesbegründung deutet darauf hin, dass es hier tatsächlich zu Einschränkungen kommen soll, die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (s. o.) nicht kennt. Eine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung findet jedenfalls erkennbar nicht statt. Offenbar handelt es sich auch dabei wieder um eine gegen Art. 5 GG und Art. 10 EMRK verstoßende, zusätzliche Beschränkung journalistischer Grundfreiheiten.
5. Informanten und Whistleblower müssen gemäß § 4 Nr. 2 GeschGehG-E in der Absicht handeln, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Zunächst ist festzuhalten, dass in der englischen Originalfassung des korrespondierenden Art. 5 lit. b RL von „for the purpose of“, also von dem „Zweck“, die Rede ist, sodass der Begriff der „Absicht“ eine Verschärfung zu Lasten von Informanten zur Folge hätte. Zudem wird nach diesseitigem Verständnis eine Art – der deutschen Rechtsordnung fremde – „Gesinnungsprüfung“ eingeführt. Handelt der Informationsgeber nicht in der von der Richtlinie und dem Gesetz bestimmten Absicht, entfällt der Rechtfertigungsgrund. Wie diese Absicht nachgewiesen werden soll, ist auch der Begründung zu dem Gesetzentwurf nicht zu entnehmen. Fest steht aber, dass es sich um ein subjektives Motiv handelt, das im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens einer Plausibilitätskontrolle unterzogen werden kann (Gesetzesbegründung zu § 4 Nr. 2). Am Ende muss ein Informant mit der Unsicherheit leben, dass seine Motive möglicherweise einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten. Dieser Umstand ist zu kritisieren und kann potenzielle Informationsgeber ebenfalls darin hemmen, interne Unternehmensinformationen preiszugeben.

6. „Chilling effects“ gehen auch davon aus, dass neue, teilweise weitreichende Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche (v. a. §§ 9, 10 GeschGehG-E) generiert werden. So lässt etwa § 9 Abs. 3 GeschGehG-E nun auch hinsichtlich unternehmerischer Interessen das Damoklesschwert der Geldentschädigung (ebenfalls) über den Medien schweben. Zusätzlich nimmt das Kriterium der „Billigkeit“ jedenfalls nicht unmittelbar § 8 GeschGehG-E in Bezug, sodass es theoretisch sogar zum Fall einer Geldentschädigung trotz Ausschlusses des Unterlassungsanspruchs kommen könnte.
7. Innerhalb der neu geregelten Strafbarkeit (§ 22 GeschGehG-E) droht professionellen Journalisten und Medien unter Umständen gar eine Strafverschärfung (§ 22 Abs. 4 Nr. 1 GeschGehG-E). Die Strafbarkeit des Versuches (§ 22 Abs. 5 GeschGehG-E) verlagert zudem die Bedrohung, sich rechtlichen Sanktionen auszusetzen, weit nach vorne: Es ist durchaus denkbar, dass auf der Grundlage der vorgelegten Entwurfsfassung schon vor Veröffentlichung Strafanzeigen Recherchen erheblich behindern können. Nach der heutigen Rechtsprechung gilt eine praktisch unbeschränkte Recherchefreiheit. Mehr noch: Die Rechtsprechung der Pressegerichte verlangt ausdrücklich, dass ausführliche und tiefgreifende Recherchen einer Berichterstattung vorausgehen. Sanktionen, die – wie hier geplant – bereits dieses Recherchestadium treffen können, stellen einen besonders gravierenden Eingriff in die journalistischen Grundfreiheiten dar.

Aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio ist der Befund eindeutig: Entgegen der klaren Vorgabe der Richtlinie, wie auch der Bekundung des Gesetzentwurfes berühren die geplanten Neuregelungen sehr wohl die journalistischen Grundfreiheiten, zudem in gravierender Weise und mit folgenschweren Auswirkungen. Der jetzige Entwurf bedarf daher nach unserer Überzeugung der umfassenden Überarbeitung, insbesondere muss die Tätigkeit der Medien bereits auf Tatbestandsebene von der Anwendung ausgeschlossen werden.

Mit freundlichem Gruß

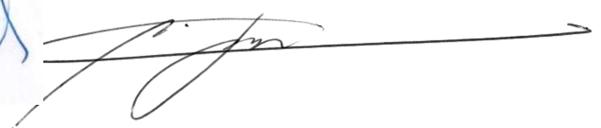
In Vertretung des Justitiars



Albrecht Hesse  
Vorsitzender der  
Juristischen Kommission  
der ARD



Christoph Bach  
Stellvertretender  
Justitiar des ZDF



Dr. Markus Höppener  
Justitiar des  
Deutschlandradio